

**AUTONOMIA PRIVADA DO AGENTE PÚBLICO NOS CONTRATOS  
CELEBRADOS SOB A ÉGIDE DA LEI N. 13.303/2016**

**PRIVATE AUTONOMY OF THE PUBLIC AGENT IN CONTRACTS HELD UNDER  
THE AGE OF LAW N. 13.303/2016**

*Lara Caxico Martins Miranda<sup>1</sup>*

*Luiz Gustavo Tiroli<sup>2</sup>*

**RESUMO**

Os negócios jurídicos públicos podem ser conceituados como aqueles em que a Administração Pública compõe uma das partes da relação jurídica. Dentro desta categoria, esta pode firmar negócios em caráter privado, o que gera a necessidade de se verificar a aplicação do regime jurídico privado puro, público puro ou misto. Para tanto, há de se observar o objeto e tipo de negócio celebrado. O problema da referida temática consiste nos limites da autonomia privada do agente público nos contratos celebrados pelas empresas estatais, conforme disposições contidas na Lei 13.303/2016. Para isso, será analisado aspectos do negócio privado e público, dos regimes jurídicos aplicáveis a cada contrato, e especificamente os efeitos e limites da autonomia privada. O Estado, mesmo quando opta por atuar no âmbito privado, deverá observar alguns princípios do regime jurídico administrativo e por essa razão esbarra na autonomia privada do agente público. A metodologia empregada é qualitativa e indutiva, obtida através de pesquisa na legislação e doutrina.

**PALAVRAS-CHAVE:** Autonomia privada. Empresas Públicas. Empresas de Economia Mista. Negócio Jurídico Público.

**ABSTRACT**

Public legal affairs can be considered as those in which the Public Administration comprises one of the parties to the legal relationship. Within this category, it can enter into private business, which generates the need to verify the application of the pure, pure public or mixed private legal regime. To do so, one must observe the object and type of business entered into. The problem of this subject consists in the limits of the private autonomy of the public agent in the contracts celebrated by the state companies, according to dispositions contained in the Law

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Coordenadora do Curso Saber, preparatório para concursos públicos e vestibulares. Professora de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Prática Trabalhista no curso de Direito das Faculdades Integradas do Vale do Ivaí (UNIVALE - Ivaiporã/PR) e no curso de Direito da Faculdade Pitágoras (Londrina/PR). Professora de Direito Constitucional em cursos preparatórios para concursos públicos no Curso Saber (Londrina/PR). Pós Graduada em Direito Constitucional pelo Complexo de Ensino LFG (2016) e em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pelo Damásio (2016). Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2014).

<sup>2</sup> Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Administração pelo Centro Universitário Filadélfia (UNIFIL). Discente do curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Membro do grupo de pesquisas e estudos Currículo, Formação e Trabalho Docente da Universidade Estadual de Londrina (UEL) cadastrado e certificado junto ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ). Endereço eletrônico: luiz.gustavo.tiroli@uel.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4012511514272072>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7912-8319>.

13,303 / 2016. For this, it will analyze aspects of the private and public business, the legal regimes applicable to each contract, and specifically the effects and limits of private autonomy. The State, even when it chooses to act in the private sphere, must observe some principles of the administrative juridical regime and for that reason it runs against the private autonomy of the public agent. The methodology employed is qualitative and inductive, obtained through research in legislation and doctrine.

**KEYWORDS:** Private autonomy. Public companies. Mixed Economy Companies. Public Legal Business.

## **INTRODUÇÃO**

Os negócios jurídicos são entendidos, a princípio, dentro do âmbito do direito privado, como aqueles em que dois sujeitos manifestam sua vontade qualificada com o intuito de produzir efeitos jurídicos permitidos em Lei e desejados pelos agentes. Em sua larga maioria são estudados diante dos direitos privados, entretanto também é possível se verificar negócios jurídicos no âmbito público, que exigirão a regência por normas diferenciadas a depender do objeto a ser celebrado. Sob as discussões e subdivisões dentro dos negócios jurídicos públicos o trabalho se assenta.

O estudo parte das peculiaridades dos negócios jurídicos privados para a compreensão dos negócios jurídicos públicos. Posteriormente inquirere acerca do regime jurídico aplicável aos negócios jurídicos públicos, averiguando se as situações são de aplicação exclusiva do regime jurídico público ou regime jurídico privado, ou ainda se há situações em que se aplica um regime jurídico misto.

Por fim, a abordagem pretende alcançar os mecanismos que limitam a autonomia privada do agente público nos contratos celebrados sob a égide da Lei n. 13.303 de 30 de junho de 2016, observando as margens de discricionariedade concebidas pela lei e suas próprias limitações. A metodologia empregada é qualitativa e indutiva, obtida através de pesquisa a legislação e doutrina.

## **1 NEGÓCIO JURÍDICO PRIVADO E PÚBLICO**

As discussões acerca dos negócios jurídicos costumeiramente são tratadas dentro do âmbito privado. Apesar disso, atualmente não se pode negar que esses também estão presentes no cenário público, diante de relações jurídicas firmadas entre Poder Público e particulares e entre entidades da administração pública.

O negócio jurídico consiste em declaração de vontade privada, com o intuito de produzir efeitos que as partes pretendem e o direito reconhece<sup>3</sup>. Em regra, as definições encontradas na doutrina referem-se a negócios jurídicos privados, vez que a declaração da vontade em sua definição não abrange interesses vinculados ao Estado. Para Mello<sup>4</sup> os negócios jurídicos são:

os atos jurídicos, em que, através da manifestação da vontade humana, se adquire novo direito, se modifica e se extingue o existente, alterada a ordem jurídica em vigor; ou então se declara direito, assegurando-o, ou reconhecendo-o, ante a verificação de relação jurídica ou a apuração de fato material. Dá-se lhes essa definição de negócios jurídicos porque, mediante a manifestação da vontade humana, se busca constituir nova situação jurídica ou se elucida o desfrute, ante a declaração feita, de certa situação de direito, e que lhe confere valor formal e lhe dá força de eficácia.

O ingresso da concepção no âmbito público perpassa pela análise dos atos que podem ser produzidos pela Administração Pública. Meirelles (1979) entende que os atos jurídicos da administração “são todos aqueles que contêm uma declaração de vontade da administração apta a concretizar determinado negócio jurídico ou a deferir certa faculdade ao particular, nas condições impostas ou consentidas pelo poder público”<sup>5</sup>, ou seja, é a “declaração de vontade do poder público coincidente com a pretensão do particular, visando a concretização de negócios jurídicos públicos, ou a atribuição de certos direitos ou vantagens ao interessado”<sup>6</sup>.

Nos negócios jurídicos privados é possível dizer que prevalece a vontade das partes, enquanto que nos negócios jurídicos administrativos prevalece a finalidade imantada para o interesse público<sup>7</sup>. “Mesmo ao contratar com os particulares, a administração tem de agir por interesse público, ficando a vontade do agente superada pelo fim, o qual vincula o administrador”<sup>8</sup>.

O negócio jurídico público surge quando o Estado precisa cumprir determinada finalidade e o particular se dispõe a realizá-la. Essa ligação de vontades cria um vínculo jurídico que obriga ambas as partes<sup>9</sup>. Essas passam, nessa perspectiva, para a confecção de um contrato público. Araújo<sup>10</sup> explica que esse pode ser celebrado com particulares, mas necessariamente

---

<sup>3</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 409.

<sup>4</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1979. v. 1, p. 420.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> JÚNIOR, J. Cretella. **Negócio jurídico administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 164, p. 29-49, abr./jun. 1986. p. 39.

<sup>8</sup> JÚNIOR, 1986. p. 39.

<sup>9</sup> ARAÚJO, Edimir Netto. **Do Negócio Jurídico Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 119.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 121.

deverá ter um ente público em um dos polos. O Poder Público, por sua vez, pode celebrar contratos regidos pelo direito privado, ainda que em ambos os polos só haja pessoas jurídicas de direito público. Para a definição do contrato é preciso analisar o regime jurídico a que ele submete, matéria que será tratada ao longo do presente estudo.

É importante frisar que os contratos administrativos e contratos da administração, embora pareçam, pela sua terminologia, ter significações semelhantes, possuem distinções significativas. A Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993 traz a definição de contratos administrativos como todo contrato celebrado entre a Administração Pública e particulares, que unidas por um vínculo celebram suas vontades<sup>11</sup>.

O contrato administrativo pode ainda ser considerado como o “acordo de vontade destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa”<sup>12</sup>. Portanto, atividades como desapropriação, tributação, requisição administrativa e a punição não são contratos, mas apenas atos administrativos. Para caracterizar-se o contrato administrativo é necessário que a Administração esteja na relação contratual, que tenha por objetivo a realização de finalidades do interesse público (não necessariamente serviços públicos) e que haja a vontade do Estado declarada.

O instituto tratado não se assemelha ao contrato da Administração. A diferença entre ambos se encontra na posição de supremacia do Estado na relação contratual, evidenciada, por exemplo, da presença de cláusulas exorbitantes. Di Pietro<sup>13</sup> traz a distinção dos termos contratos administrativos e da administração da seguinte forma:

A expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.

---

<sup>11</sup> Artigo 2º, Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

<sup>12</sup> FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 277

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 297.

Mello<sup>14</sup> entende que os contratos administrativos são regidos pelas normas atinentes ao regime jurídico público. Os contratos privados celebrados pela administração regem-se, por sua vez, quanto ao conteúdo e efeitos, pelo Direito Privado. Para o autor, os contratos administrativos seriam

um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado<sup>15</sup>.

É possível afirmar que ambos os contratos se distinguem na medida em que os contratos da Administração se regulam, a princípio, pelas normas do direito privado, sofrendo interferências das normas de direito público, enquanto que os contratos administrativos se sujeitam às regras, princípios e normas do direito público. Pode-se estar diante de normas majoritariamente de direito público quando a Administração Pública se coloca na relação jurídica em uma posição de superioridade frente ao contratante, enquanto que quando se está diante de normas em sua maioria privadas é a Administração Pública contratando com o particular em posição de igualdade (horizontalidade), não possuindo qualquer tipo de vantagem na negociação.

O contrato privado se distingue do contrato administrativo na medida em que o primeiro é regido pelo Código Civil e o segundo, quando tipicamente administrativo, é inteiramente regido pelo direito público (concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público). Esse último pode ainda ter um paralelo com o direito privado, mas ainda predominância das normas de direito público (mandato, empréstimo, depósito, empreitada)<sup>16</sup>.

Os contratos públicos celebrados serão sempre regidos pelo interesse do Estado, e esse interesse não pode ser confundido com o interesse da administração, conforme entendimento de Justen Filho<sup>17</sup>:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. (...)

---

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 605.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 611.

<sup>16</sup> DI PIETRO, 2016. p. 302.

<sup>17</sup> FILHO, 2005. p. 39-41.

O interesse público pode ser entendido a partir de uma corrente simplista como o interesse privado comum a todos os cidadãos, e segundo esta definição, “qualquer interesse privado será qualificado como público desde que a totalidade dos particulares tenha interesses semelhantes”. Outra corrente poderia afirmar que o interesse público é o interesse privado comum a maioria da população, ou ainda no interesse da “sociedade”<sup>18</sup>. Justen Filho<sup>19</sup> defende que por vivermos em um Estado contemporâneo, estamos diante da fragmentação dos interesses, e por isso a escolha de uma corrente deve ser observada com cautela. Nesse sentido, o interesse primário é aquele do Estado, como a justiça, segurança e bem-estar social, enquanto que o interesse secundário é o da Administração Pública, parte de uma relação jurídica, podendo ser entendido como interesse do erário de arrecadação e minimizar despesas.

Na esteira desse conhecimento, Mello<sup>20</sup> expõe que o interesse público deve ser entendido como o “conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em uma qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”, fazendo a seguinte distinção entre interesses primários e secundários:

É que, além de subjetivar esses interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em sus meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito<sup>21</sup>.

Para o estudo em questão a distinção entre os interesses da administração se fez necessária para verificar a característica do negócio jurídico público. Esse é categoria genérica em que se inserem os contratos da Administração Pública e os contratos administrativos. O que se observou até o momento é que os primeiros são regidos prioritariamente pelos interesses da Administração (interesse secundário) e os segundos pelo interesse público (interesse primário). Concluiu-se que os negócios jurídicos públicos se distinguem dos privados em decorrência da legislação aplicável a eles, sendo que no primeiro, como há o interesse público abrangido,

---

<sup>18</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 43.

<sup>20</sup> MELLO, 2010. p. 61.

<sup>21</sup> MELLO, 2010. p. 65-66.

deverá ser seguido pelas normas de direito público, seguindo os princípios referentes à Administração e observando o interesse público.

## **2 REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PÚBLICOS**

A análise de um ordenamento jurídico revela, a princípio, dois regimes jurídicos, um de natureza privada e um de natureza pública. Estes dão origem aos diversos ramos do direito e orientam as relações envolvendo particulares e àquelas em que um ente público compõe um dos polos.

Não há dúvidas de que quando dois sujeitos, no seu cotidiano privado, realizam negócios jurídicos recai sobre esses o regime jurídico privado. O questionamento se estabelece quando o agente público, ou ente privado, exercendo funções da Administração Pública, se encontra em um dos pólos do negócio. Nestes casos, é necessário verificar se a aplicação deve ser do regime jurídico público, privado ou misto<sup>22</sup>.

Atualmente é perceptível que os regimes se inter-relacionam e que em diversas situações identifica-se a incidência, em uma mesma relação, de regras do regime jurídico privado e outras do regime jurídico público. Diante de alguns negócios jurídicos ainda, nem ao menos é possível dizer com clareza qual o regime que deve incidir. Para subsidiar a escolha do regime pelo intérprete faz-se necessário esclarecer os princípios vinculados a eles e os limites impostos às partes que os realizam.

### **2.1 REGIME JURÍDICO PÚBLICO**

O regime jurídico público é o conjunto de prerrogativas e sujeições que colocam a Administração Pública em uma posição de superioridade em referência ao particular. Essa revela uma relação vertical, em que há a possibilidade de impor restrições às liberdades dos administrados, fazer cumprir cláusulas exorbitantes em contratos e alterar unilateralmente negócios jurídicos.

Segundo Barroso<sup>23</sup>, o regime jurídico de direito público está pautado na soberania estatal, na legalidade e na supremacia do interesse público. Cabe ao administrador público atuar

---

<sup>22</sup> CARVALHAES NETO, Eduardo Hayden. **Contratos privados da Administração Pública: uma análise do regime jurídico aplicável**. 2011. 145 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011. p. 12.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56-57.

dentro dos estreitos limites da lei, fazendo tudo aquilo que seja expressamente permitido. Di Pietro<sup>24</sup> afirma que "basicamente, pode-se dizer que o regime administrativo resume-se a duas palavras: prerrogativas e sujeições". Essas são conferidas ao Estado para que, limitando interesses individuais, possa atuar em busca do interesse público e do bem estar coletivo<sup>25</sup>. No mesmo sentido, Mello<sup>26</sup> entende que "o regime de direito público resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individuada singularidade".

A necessidade de proteção e busca de interesses coletivos faz com que o regime jurídico público seja composto por dois princípios basilares: supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público<sup>27</sup>. O interesse público é "o interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social". Apesar de ser também o interesse individual, à medida que o interesse do conjunto não pode ser dissonante do interesse de cada um, não se configura como a somatória dos interesses privados. Trata-se da "dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade"<sup>28</sup>.

A partir da concepção de interesse público tem-se que a Administração Pública, na sua atuação diária, não pode agir de modo a ferir o interesse público ou dispor desse. O interesse público é indisponível e constitui-se como limite à celebração e execução de negócios jurídicos. Essa é a principal sujeição à que se acomete o agente estatal.

Da indisponibilidade do interesse público decorre a necessidade de estrita observância à lei e suas sucessivas implicações: princípio da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado. Sucede também a obrigatoriedade do desempenho da atividade pública e o consequente princípio da continuidade do serviço público. Ademais, menciona-se como decorrente da indisponibilidade o controle administrativo, a isonomia entre os administrados, a publicidade, a inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos e o controle jurisdicional dos atos administrativos<sup>29</sup>.

O princípio da legalidade pressupõe observância da Administração e dos seus agentes, em toda a atividade funcional, às disposições legais. Não há livre vontade particular. Enquanto o particular tem a possibilidade de fazer tudo o que a lei não proíbe, o agente público só pode

---

<sup>24</sup> DI PIETRO, 2016. p. 92.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 93.

<sup>26</sup> MELLO, 2010, p. 55.

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 59-60.

<sup>29</sup> MELLO, 2010. p. 65.

fazer aquilo que a lei expressamente autoriza<sup>30</sup>. Tal princípio, decorrente da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos, não foi construído com o mero intuito de estruturar, mediante a lei e de forma burocrática, a composição orgânica e atuação do Estado, mas sim de estabelecer, em favor da sociedade, garantias e proteções. Por essa razão é que as violações à lei podem ser exigíveis judicialmente pelos próprios participantes sociais<sup>31</sup>.

Decorrente da legalidade tem-se o princípio da finalidade, tendo em vista que toda a atividade administrativa que não se coadune com o fim legal é nula. O cumprimento da lei, que é o objetivo da atuação do Estado, se coloca como um limite ao poder discricionário, tendo em vista que quando desatende a esta finalidade a Administração extrapola a zona de atuação prevista pelo legislador<sup>32</sup>.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade também decorrem da legalidade à medida que toda atuação que exceda o necessário também supera o escopo normativo. No mesmo sentido, o princípio da motivação impõe à Administração pública o dever de expor os motivos pelos quais optou por atuar de tal ou qual maneira. Este se revela ainda mais necessário, para garantir o interesse público, quando o legislador deixa margem de discricionariedade para o exercício administrativo<sup>33</sup>.

O princípio da ampla responsabilidade do Estado é sustentado pelo princípio da legalidade na perspectiva da sua forma reversa: a ilegalidade. Caso o agente público atue transgredindo a Lei incorrerá nas sanções previstas. O princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública é caracterizado pelo dever em face da Lei. Este possui como subprincípio o da continuidade do serviço público, que pressupõe a necessária atuação do Estado na manutenção do serviço público ainda que concedida a prestação a um particular<sup>34</sup>.

O princípio do controle administrativo procede da persecução do interesse público pela Administração, enquanto que o da isonomia prevê que não pode o agente público atuar com discriminação entre os administrados. O princípio da publicidade dispõe que os atos emitidos com a intenção de implementar ou garantir os interesses públicos devem ser de amplo acesso social, já que estes pertencem a todos<sup>35</sup>.

Ainda, o princípio da inalienabilidade preceitua que sendo a Administração aquela que serve a sociedade, não pode dispor dos interesses dessa. Por fim, o princípio do controle

---

<sup>30</sup> MEIRELLES, 1979. p. 89.

<sup>31</sup> MELLO, op. cit., p. 55-56.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 69-70.

<sup>34</sup> MELLO, 2010. p. 70-73.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 74-75.

jurisdicional prevê que o administrado pode recorrer a um órgão imparcial e independente para postular contra a ofensa do interesse público<sup>36</sup>.

A fim de alcançar o bem social e garantir o interesse público, a Administração tem ainda a possibilidade de agir com supremacia perante o particular. Nesse viés, com prerrogativa, pode constituir privados em obrigações ou alterar contratos de forma unilateral. A supremacia do interesse público "significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto"<sup>37</sup>.

Sendo o regime jurídico público fundamentado no interesse coletivo, é possível concluir que o Estado, na realização dos seus negócios, deve atuar de modo a garanti-lo e preservá-lo. Para tanto, poderá se valer de prerrogativas e sujeições que se compõem pelos princípios de supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público.

O que caracteriza, enfim, um negócio jurídico regido pelo direito público é a posição que assume o Estado na relação jurídica, "representada pela inserção, explícita ou implícita no instrumento contratual, de cláusulas (exorbitantes ou de prerrogativa) que firmem tal supremacia, e que não poderiam constar de contrato privado, pois atentariam contra a ordem pública"<sup>38</sup>. Segundo Araújo<sup>39</sup>

(...) em virtude da aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse individual, a posição das partes no contrato é de verticalidade, situando o Estado em posição de preponderância sobre o particular na relação jurídica, possibilitando que o mesmo tome certas medidas ou use certas prerrogativas sem a aquiescência do contratante particular, embora observando-se certas regras jurídicas protetoras do interesse privado e do equilíbrio contratual.

A partir das considerações, assenta-se que, quando o Estado atua em uma relação com posição de verticalidade em referência à outra parte, aplica-se ao negócio o regime jurídico de direito público. Este também será adotado quando duas entidades da Administração Pública atuarem unicamente em busca de interesses primários. Neste caso, não haverá posição de supremacia, mas de hierarquia, quando for o caso dentro da estrutura administrativa, ou de igualdade quando não o for.

---

<sup>36</sup> Ibidem, p. 76-77.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 70.

<sup>38</sup> ARAÚJO, 1992. p. 128.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 121.

Em qualquer das situações, aplicando-se este regime, há necessidade de objetivar o interesse público e respeitar as sujeições impostas à prolação da vontade do Estado, dentre elas o princípio da legalidade. Deve o agente atuar nos estreitos limites da Lei e impor, quando necessário, as prerrogativas públicas.

## **2.2 REGIME JURÍDICO PRIVADO**

O Regime Jurídico Privado é o conjunto de normas de um dado ordenamento jurídico, relativas inicialmente ao Direito Privado, que se propõem a disciplinar as relações entre os particulares. Este tutela os interesses individuais ao mesmo tempo em que assegura o convívio social e o proveito de bens e direitos.

Para Barroso, o regime jurídico de direito privado é composto pelos princípios da livre iniciativa e autonomia da vontade. Inicialmente os indivíduos que realizarem negócios jurídicos submetidos a ele podem fazer tudo que a lei expressamente não proíba. Há liberdade de contratar de acordo com interesses e objetivos particulares, possibilidade de dispor, usar e fruir livremente da propriedade e manifestar autonomamente a vontade das partes a fim de chegar a um acordo mútuo<sup>40</sup>. Segundo Araújo<sup>41</sup>,

no regime jurídico de direito privado, as partes estão em relação de horizontalidade, ou seja, em pé de igualdade quanto aos direitos e obrigações resultantes da relação jurídica, o que coloca o contrato, no que se respeita à sua execução, alteração e demais condições, em uma sistemática consensual quase absoluta.

Atualmente não é possível dizer que as relações que se submetem ao regime jurídico privado não se sujeitam a restrições. Isso porque sob qualquer relação, seja pública ou privada, se impõe limites que visam assegurar a ordem e a função social e equalizar situações de desigualdade. Tais normas mitigam sobremaneira a vontade das partes, que passam a ter seus interesses balizados por princípios como da boa-fé objetiva e função social do contrato.

Nesse contexto se insere a distinção entre a autonomia da vontade e a autonomia privada. Determinados autores, como Lôbo<sup>42</sup> defendem que ambos os princípios podem ser tratados como sinônimos, vez que suas diferenciações são ínfimas:

---

<sup>40</sup> BARROSO, 2009. p. 56-57.

<sup>41</sup> ARAÚJO, 1992, p. 121.

<sup>42</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 10.

A esse respeito, afirmamos nosso entendimento de absoluta indistinção entre autonomia privada, de um lado, e auto-regramento ou autonomia da vontade, de outro. Para alguns, autonomia privada capta o momento jurídico da exteriorização da vontade, sendo esta enquanto intenção íntima, uma instância pré-jurídica. Para outros, autonomia evoca significação normativa e não podem os particulares ser autores de normas jurídicas, diante do monopólio legislativo do Estado. Essas distinções são inócuas e procuram escapar, sem sucesso, à origem e à natureza políticas que se imputam à autonomia privada (ou da vontade) ou ao caráter imperativista que se atribuiu à vontade.

Por outro lado, a grande parte da doutrina defende que as diferenciações dos termos são importantes, como o caso de Perlingieri<sup>43</sup> que defende não existir a possibilidade de realizar um discurso unitário com relação à autonomia privada, vez que a unidade é axiológica, sendo o ordenamento centrado no valor da pessoa unitário. Isto porque, impõe um tratamento diversificado para atos e atividades que tocam esse valor e regulamentam situações tanto existenciais quanto patrimoniais.

Diniz<sup>44</sup> estabelece que o princípio da autonomia da vontade é a base contratual das partes contratantes, consistindo no “poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”. Perlingieri<sup>45</sup> traz a definição de autonomia privada da seguinte forma:

A autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito: o contrato, como negócio patrimonial, não exaure a área de relevância da liberdade dos particulares. Ao contrário, não somente ela se exprime também em matérias onde diretamente são envolvidas situações subjetivas existenciais [...]. O ordenamento não pode formalisticamente igualar a manifestação da liberdade através da qual se assinala, profundamente, a identidade do indivíduo com a liberdade de tentar perseguir o máximo lucro possível [...]. Os atos de autonomia têm portanto fundamentos diversificados e não devem ser reconduzidos unicamente à liberdade econômica.

A liberdade jurídica pode ser entendida como a possibilidade do sujeito atuar com eficácia jurídica, que se realiza com o poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas – do ponto de vista do sujeito –, e através do poder de regular juridicamente referidas relações, permitindo que tenham conteúdo, efeitos, reconhecimento e proteção do direito – objetivamente<sup>46</sup>. Vasconcelos<sup>47</sup> alerta que essa liberdade não se refere a quaisquer conteúdos negociais, possuindo limitações previstas no próprio Código Civil.

---

<sup>43</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 276-277.

<sup>44</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 3, p. 31.

<sup>45</sup> PERLINGIERI, op. cit., p. 276-277.

<sup>46</sup> AMARAL, 2014, p. 409.

<sup>47</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 261.

Nesse sentido, autonomia da vontade é “o princípio do direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”, enquanto que a autonomia privada estabelece-se em “uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica”<sup>48</sup>.

O espaço conferido para o agente atuar, em virtude da sua autonomia privada, é um espaço social, limitado pelo próprio regime jurídico privado. O legislador civilista, ao positivizar as disposições gerais do contrato, previu no artigo 421 do Código Civil que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Na mesma esteira de limitação dispôs na norma do artigo 422 que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

O atual regime jurídico aplicável aos contratos privados exige que a autonomia do agente atenda às exigências da moderna sociedade, deixando de lado o simplismo da proteção às relações patrimoniais ou obrigacionais. A partir da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, criou-se um novo sistema privado contratual, em que se exige a observância de princípios como a boa-fé e da função social e aceite da intervenção do Estado limitando a vontade contratual e as práticas negociais abusivas. "Entretantes, o que a concepção social da autonomia privada possibilita é a interação do Direito e, especificamente, do negócio jurídico, num ambiente pós-moderno, com novos paradigmas"<sup>49</sup>.

A autonomia privada, que superou a concepção de autonomia da vontade, resguarda a atuação do indivíduo nos negócios jurídicos, mas se ajusta ao contexto contemporâneo global e complexo de proteção a uma multiplicidade de direitos. Esta concede um espaço para a prática da atividade jurídica no âmbito do direito privado ao mesmo tempo em que lhe cria limites. Estes, entretanto, não são outorgados apenas pelas normas do Direito Privado.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foram instituídos deveres vinculados à atuação na ordem econômica. O conjunto de diretrizes, expostos no artigo 170, indica que qualquer prática na ordem econômica deve necessariamente estar pautada na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa e ter por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Dessa forma, é possível afirmar que quando os negócios jurídicos constituídos no âmbito privado atribuírem consequências jurídicas à ordem

---

<sup>48</sup> AMARAL, op. cit., p. 409.

<sup>49</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação.** Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004, p. 124-125.

econômica, além dos limites impostos à autonomia privada, deverão respeitar as prescrições do artigo 170 da Constituição Federal.

Conforme observa Barroso<sup>50</sup>, o dispositivo mencionado indica princípios de funcionamento da ordem econômica, que legitimam e estabilizam os negócios, e princípios fins, que descrevem o que necessariamente a atuação na ordem econômica deve alcançar. Ambos constituem limites à autonomia privada: não pode o particular atuar de acordo com o regime jurídico privado se não objetivar alcançar os fins estabelecidos no dispositivo legal. Se assim o fizer incorrerá em inconstitucionalidade.

Os seis primeiros dispositivos trazem os princípios de funcionamento da ordem econômica. Vê-se nestes diversos limites à autonomia privada, iniciando pela soberania nacional. "Se o Estado brasileiro decretar embargo comercial a um país, proibindo as exportações, todas as empresas terão que de sujeitar-se"<sup>51</sup>. Da mesma forma, havendo opção das partes por lei estrangeira referente à matéria cujas normas brasileiras são de ordem pública, essas últimas serão aplicadas, em detrimento da vontade. Não há, neste último caso, liberdade de escolha.

A livre iniciativa, princípio da ordem econômica, diz respeito à liberdade que o indivíduo tem de atuar livremente no mercado, escolhendo, com a menor intervenção possível do Estado, os setores para investimentos e tomando as decisões comerciais que atenderem aos seus interesses. Segundo Barroso<sup>52</sup>, "a liberdade para fixar preços de acordo com o mercado concorrencial é da própria essência da livre iniciativa".

Esta, apesar de compor o regime jurídico privado, é princípio que "deve ser ponderado com outros valores e fins públicos previstos no próprio texto da Constituição"<sup>53</sup>, como a função social da propriedade e repressão do abuso do poder econômico. Assim, a entidade privada tem a sua vontade de contratar limitada por normas de Direito Público.

A função social da propriedade, que limita a autonomia privada, significa "subordinar o exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna"<sup>54</sup>. Portanto, no âmbito da atuação particular econômica, não pode o empresário optar por ter propriedade que desrespeite a função social, ainda que a própria propriedade seja

---

<sup>50</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 4, p. 187-212, out./dez. 2001. p. 193.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 192.

<sup>52</sup> BARROSO, 2001, p. 192.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 191.

<sup>54</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 248.

constitucionalmente garantida. Observa-se que os dois princípios de funcionamento da ordem econômica, quais sejam, propriedade privada e função social da propriedade, em verdade são garantia do exercício da autonomia privada e sua relativização.

A livre concorrência, princípio correlato, indica a liberdade dada aos agentes econômicos de optar pela economia de mercado. A partir dele tem-se que a competição e a liberdade de escolha dos mercados consumidores garantem o progresso econômico e social através de melhores preços e serviços. "Por outro lado, os agentes privados têm não apenas direito subjetivo à livre concorrência, mas também o dever jurídico de não adotarem comportamentos anticoncorrenciais, sob pena de se sujeitarem à ação disciplinadora e punitiva do Estado"<sup>55</sup>.

Por fim, a defesa do meio ambiente se constituiu como princípio constitucional impositivo<sup>56</sup>, que deve ser necessariamente respeitada na realização e cumprimento de negócios jurídicos. O agente econômico não pode ter conduta capaz de destruir o meio ambiente sob o pretexto da autonomia privada. "Um ambiente saudável é o limite ao livre exercício da atividade econômica e, para defendê-lo e garantir a sadia qualidade de vida da população, o Estado tem o poder-dever de intervir na atuação empresarial"<sup>57</sup>.

Os princípios fins também se constituem como limitação à vontade particular, tendo em vista que impõem necessários objetivos a serem atingidos na atuação econômica. Por essa razão, devem os negócios jurídicos empresariais buscar garantir a existência digna para todos, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e a expansão das microempresas e empresas de pequeno porte.

O regime jurídico privado é aplicável em todas as relações jurídicas em que estejam envolvidas pessoas jurídicas de direito privado e que haja a tutela de direitos privados. Além dessa hipótese, este também será aplicado quando a Administração Pública atuar com os já tratados interesses secundários, ou seja, gerindo os próprios negócios, desvestida das prerrogativas públicas e em posição de igualdade com a outra parte. A opção pela atuação do Estado no regime jurídico de direito privado se dá pela Constituição (artigo 173, §1º e 175, CF) ou pela própria lei. Não é possível que o agente público, por ato administrativo, opte por atuar na esfera privada, em virtude do princípio da legalidade<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> BARROSO, op. cit., p. 193.

<sup>56</sup> GRAU, op. cit., p. 251.

<sup>57</sup> BARROSO, op. cit., p. 196.

<sup>58</sup> DI PIETRO, 2016, p. 91/92.

Destarte, seja pessoa jurídica de direito privado ou pessoa jurídica de direito público, tendo seus negócios jurídicos regidos pelo regime jurídico de direito privado, terá a autonomia privada limitada ao menos nos dizeres expostos. O Estado, no entanto, mesmo despidido das prerrogativas públicas terá ainda seus negócios jurídicos limitados com certas derrogações desse regime em virtude de permanecer sendo ente da Administração Pública<sup>59</sup>.

O princípio da supremacia do interesse público deve nortear toda ação da Administração Pública, quer praticada em regime privado, quer praticada em regime público ou mesmo misto. Para isto, poderá fazer uso das prerrogativas que lhe são atribuídas por conta de sua natureza jurídica intrínseca pública (que não se confunde com o regime jurídico de seus atos)<sup>60</sup>.

Nem mesmo nas ocasiões em que a Administração Pública atue sob o regime do direito privado ela não se assemelhará a um particular. Segundo Carvalhaes Neto "a Administração Pública jamais será idêntica a um particular". Por essa razão, em qualquer tipo de negócio jurídico, o ente estatal sempre terá prerrogativas e sujeições, não servindo para igualar os pólos do negócio, mas para garantir um contentamento entre as partes<sup>61</sup>.

Segundo Figueiredo<sup>62</sup>, "a Administração Pública, consoante entendemos, está, sempre, jungida do regime de Direito Público em muitos aspectos, ainda que o contrato seja dos que se submetem mais às normas de Direito Privado". Por essa razão, nos negócios jurídicos em que a Administração Pública atuar com interesses privados haverá a aplicação de um regime jurídico híbrido.

Sobre a dualidade dos regimes jurídicos possíveis de aplicação aos negócios jurídicos públicos conclui Carvalhaes Neto<sup>63</sup> que "raramente haverá um único regime jurídico aplicável à integralidade do contrato". Assim, quando se está diante de contratos privados da Administração Pública pode-se dizer que o regime jurídico aplicável é o predominantemente privado, mas não unicamente.

A análise do regime jurídico aplicável aos negócios jurídicos públicos leva a conclusão de que este pode ser unicamente público, quando a relação jurídica objetivar interesses primários da Administração, ou um regime jurídico misto, onde haverá maior ou menor predominância do regime jurídico de direito privado. Em virtude da sua natureza intrinsecamente pública não há situações em que se aplique um regime unicamente privado.

---

<sup>59</sup> ARAÚJO, 1992, p. 126.

<sup>60</sup> CARVALHAES NETO, 2011, p. 14.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>62</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 438-439.

<sup>63</sup> CARVALHAES NETO, 2011, p. 66.

### **3 AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS CELEBRADOS SOB A ÉGIDE DA LEI N. 13.303/2016**

A administração Pública, quando da realização de negócios jurídicos de natureza privada, terá sobre eles a incidência do regime jurídico privado com algumas imposições do regime jurídico de direito público, em razão da sua personalidade eminentemente pública. Em virtude disso, sobre as decisões do agente público incidirá os limites já mencionados relativos aos negócios privados, como boa-fé objetiva e função social do contrato, além da necessária observância do não desrespeito ao interesse público.

Em virtude da aplicação de um regime jurídico híbrido, é possível afirmar que a autonomia privada do agente público, nos negócios jurídicos de natureza privada da Administração, será ainda mais limitada do que a autonomia privada de um particular na mesma posição. Essa diferença sustenta-se já pela aplicação diferenciada do princípio da legalidade para os autores do negócio jurídico. Independentemente do contrato, "jamais poderá a Administração Pública celebrar negócios jurídicos sem a necessária autorização legislativa, posto que se submete à legalidade estrita"<sup>64</sup>.

Quando o agente público atua sob o regime jurídico de direito privado haverá margem discricionária para determinadas escolhas, o que indica liberdade de atuar e contratar. Apesar disso, sempre será necessária a observância dos comandos do ordenamento jurídico e a preservação do interesse público.

A comprovação deste enunciado se encontra na própria legislação brasileira, que exige que todos os contratos realizados pela Administração Pública, sejam sob o regime jurídico privado ou público, tenham licitação precedente, disponham de dotação orçamentária e respeitem os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal. Segundo Eduardo Hayden Carvalhaes Neto<sup>65</sup>, "ainda que formalmente idêntica à dos particulares, a autonomia do Poder Público quando atua sob a égide do direito privado possui diferenças (limites) significativas em sua substância"<sup>66</sup>.

Sob tais limites foi elaborada a Lei n. 13.303, de junho de 2016, que dispôs sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A administração pública,

---

<sup>64</sup> CARVALHAES NETO, 2011, p. 55.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>66</sup> Ibidem.

composta pela Administração Direta e Indireta, possui, como espécie da segunda, pessoas jurídicas de direito privado, as chamadas empresas estatais. Apesar do seu caráter eminentemente privado, as empresas estatais possuem o substrato público, à medida que o regime aplicável é derogado pelo regime jurídico administrativo.

O caráter público das empresas estatais também é demonstrado pela destinação das suas atividades. Enquanto que nas sociedades privadas a atuação é voltada unicamente para o interesse dos acionistas, ainda que submetida à função social da propriedade, nas empresas estatais está voltada para os usuários<sup>67</sup>. Salienta-se que o caráter público não afasta a natureza jurídica privada das entidades, determinada pela Lei n. 13.303/2016 nos artigos 3º e 4º.

Apesar das limitações impostas à atuação do agente público no âmbito privado, esta é de extrema importância, tendo em vista a previsão do artigo 173 da Constituição Federal. Havendo situação necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, deve o Estado atuar na exploração direta de atividade econômica. Ademais,

(...) quando a Administração resolve criar entidades públicas para a prestação de serviços públicos comerciais e industriais sob a égide do direito privado, é porque, consoante pacificamente sempre se entendeu, tanto na doutrina do direito pátrio como na do direito comparado, está pretendendo conferir-lhes, repitamos, tendo em vista a natureza desses serviços, maior flexibilidade de atuação, pela absorção dos métodos de gestão empresarial privada<sup>68</sup>.

Quando o Estado opta, diante das circunstâncias mencionadas, por atuar no âmbito privado, o faz com certa margem de discricionariedade. Este permite a prática de atos com "liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo". Isso não significa a atuação de modo arbitrário, tendo em vista que a discricionariedade exige a atuação dentro dos limites impostos pela lei, enquanto que a arbitrariedade configura a atuação em desacordo com a legislação<sup>69</sup>.

Todas as possibilidades de escolha do agente público estão dispostas no instrumento normativo. A Lei determina os limites da sua discricionariedade, trazendo expressamente em quais situações ele poderá optar por uma decisão ou outra. Assim, o poder discricionário está submetido ao princípio da legalidade e conseqüentemente ao interesse público. Hely Lopes Meirelles explica que "se a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adstrita à lei

---

<sup>67</sup> TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo e Direito Privado nas Empresas Estatais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 1, p. 22-28, jan./mar. 1983, p. 22.

<sup>68</sup> BORGES, Alice Gonzalez. **O estatuto jurídico das empresas estatais na emenda constitucional nº 19/98**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 3, p. 01-12, jul./set. 1999, p. 9.

<sup>69</sup> MEIRELLES, 1979. p. 122-123.

em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe confere essa faculdade"<sup>70</sup>

A liberdade conferida se justifica pela atuação direta do administrador na ordem social. Só este pode estabelecer com precisão o que é necessário em determinadas circunstâncias, a conveniência e melhor oportunidade para a prática de determinados atos. Seria impossível que o legislador previsse todas as situações do dia a dia da administração pública, sendo apenas os órgãos executivos capazes de decidir o que convém e o que não convém em face do interesse público<sup>71</sup>.

O estatuto das empresas estatais trouxe, em diversos dispositivos, possibilidades de exercício da discricionariedade pública, permitindo que o administrador pudesse exercer sua autonomia privada. As normas dispostas na Lei podem ser divididas didaticamente em pré-contratuais e contratuais.

Com relação aos dispositivos pré-contratuais que permitem o exercício da autonomia privada do agente público cita-se o artigo 32, inciso IV, da Lei, que indica a modalidade de licitação denominada pregão como preferencial para a aquisição de bens e serviços comuns. Caso o agente público identifique que no caso concreto não é esta a modalidade que melhor de aplica, poderá se valer das demais modalidades de licitação, respeitadas suas particularidades, previstas no artigo 22 da Lei 8.666/1993. Vale lembrar que o instituto legal mencionado também se aplica às empresas estatais por força do seu artigo 1º, parágrafo único.

O artigo 36 possibilita que a empresa pública ou sociedade de economia mista analisem e decidam sobre a viabilidade de promover pré-qualificação dos seus fornecedores. Nos contratos de obra, em que há necessidade de elaborar projeto executivo, terão ainda possibilidade de fixar o preço do projeto, que deve constar expressamente no contrato, conforme artigo 44, §1º.

Conforme dispõe o artigo 45 do estatuto, na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, entendendo viável, pode a empresa estatal estabelecer remuneração variável vinculada ao desempenho do contrato, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Tendo em vista que o já tratado limite da discricionariedade, conforme parágrafo único do mesmo dispositivo, a utilização da remuneração variável deve necessariamente

---

<sup>70</sup> Ibidem, p. 123.

<sup>71</sup> Ibidem, p. 124.

respeitar o limite orçamentário fixado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista para a respectiva contratação.

A autonomia privada é exercida ainda na possibilidade de celebrar mais de um contrato para executar serviço de mesma natureza quando o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado, conforme artigo 46. Para tanto, há a necessidade de justificativa prévia e desde que não haja perda econômica.

A empresa pública e sociedade de economia mista podem ainda, dentro dos limites estabelecidos no artigo 47, indicar marca ou modelo nas licitações para aquisição de bens. Nos modos de disputa, podem optar pelo modelo aberto ou fechado, ou combinação de ambos, de acordo com a conveniência, conforme artigo 52. Com relação aos critérios de julgamento, de acordo com o artigo 54, há a possibilidade de escolha entre menor preço; maior desconto; melhor combinação de técnica e preço; melhor técnica; melhor conteúdo artístico; maior oferta de preço; maior retorno econômico ou melhor destinação de bens alienados.

Quando o critério de julgamento utilizado for a maior oferta de preço, conforme artigo 58, §1º, os requisitos de qualificação técnica e de capacidade econômica e financeira podem ser dispensados a critério da empresa estatal.

Dentre os dispositivos contratuais também é possível identificar margens de discricionariedade para a atuação do agente público. Caso este entenda necessário, conforme o artigo 70, pode exigir prestação de garantir nas contratações de serviços e compras. Dentre elas, pela conveniência e oportunidade, pode a empresa estatal definir pela caução em dinheiro, seguro-garantia ou fiança bancária.

A possibilidade de não redução a termo do contrato também é opção das empresas públicas e sociedades de economia mista no caso de pequenas despesas de pronta entrega e pagamento das quais não resultem obrigações futuras para estas, conforme artigo 73 do estatuto.

Dispõe o artigo 75 que cabe ao agente público optar por convocar licitantes remanescentes ou revogar a licitação no caso de o convocado não assinar o termo de contrato no prazo e nas condições estabelecidos. No caso de inexecução total ou parcial do contrato, conforme artigo 83, a empresa pública ou a sociedade de economia mista podem, garantida a prévia defesa, optar pela aplicação ao contratado de advertência, multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato ou suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a dois anos.

Por meio da análise da Lei n. 13.303/2016 é possível verificar a existência de margens de discricionariedade para a atuação das entidades estatais nos contratos privados firmados. Nestes, onde há a aplicação prioritária do regime jurídico privado, identifica-se a autonomia

privada do agente público, que permanece sujeita aos limites deste regime, das normas de direito público e da lei.

Em qualquer negócio jurídico celebrado pelo Estado, seja sob o âmbito do direito privado ou de direito público, o agente público deverá observar a legalidade estrita e a supremacia do interesse público, princípios norteadores do regime jurídico de direito público. Isso se justifica pela razão de ser da máquina estatal: atuação em benefício da sociedade.

## **CONCLUSÃO**

Negócios jurídicos públicos se distinguem dos privados em decorrência da legislação aplicável à eles, sendo que no primeiro, como há o interesse público abrangido, deverá ser constituído pelas normas de direito público, seguindo os princípios referentes à Administração e observando o interesse público.

Os contratos administrativos possuem distinção com os contratos da Administração, sendo esse configurado quando há interesse do Estado, que são interesses diversos dos referentes a Administração.

Os negócios jurídicos públicos podem ser definidos como contratos da Administração, regidos por normas estritamente de direito público ou ainda conjuntamente com as normas de direito privado, a depender do contrato celebrado. Para isso é necessário entender a qual regime jurídico o contrato se submete.

O regime jurídico aplicável aos negócios jurídicos públicos leva a conclusão de que este pode ser unicamente público, quando a relação jurídica objetivar interesses primários da Administração, ou um regime jurídico misto, onde haverá maior ou menor predominância do regime jurídico de direito privado. Em virtude da sua natureza intrinsecamente pública não há situações em que se aplique um regime unicamente privado.

A Lei n. 13.303/2016 dispõe a possibilidade de verificar a existência de margens de discricionariedade para a atuação das entidades estatais nos contratos privados firmados. Nestes, onde há a aplicação prioritária do regime jurídico privado, identifica-se a autonomia privada do agente público, que permanece sujeita aos limites deste regime, das normas de direito público e da lei.

Portanto, em qualquer negócio jurídico celebrado pelo Estado, seja sob o âmbito do direito privado ou de direito público, o agente público deverá observar a legalidade estrita e a supremacia do interesse público, princípios norteadores do regime jurídico de direito público. Isso se justifica pela razão de ser da máquina estatal: atuação em benefício da sociedade.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ARAÚJO, Edimir Netto. **Do Negócio Jurídico Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 4, p. 187-212, out./dez. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORGES, Alice Gonzalez. **O estatuto jurídico das empresas estatais na emenda constitucional nº 19/98**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 3, p. 01-12, jul./set. 1999.

CARVALHAES NETO, Eduardo Hayden. **Contratos privados da Administração Pública: uma análise do regime jurídico aplicável**. 2011. 145 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 3.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

JÚNIOR, J. Cretella. **Negócio jurídico administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 164, p. 29-49, abr./jun. 1986.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1979.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1979. v. 1.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação**. Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.

TÁCITO, Caio. Direito **Administrativo e Direito Privado nas Empresas Estatais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 1, p. 22-28, jan./mar. 1983.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.